

共有と合有（一）

——財産法における権利の構造（五）の一——

鷹 巢 信 孝

一 はじめに

二 共有と合有の区別・連関構造

第六節まで……本号

三 共有者の相互関係と対第三者関係

四 建物区分所有者の法律関係

五 むすび

一 はじめに

一 複数人が同一の客体を支配する共同所有について、わが民法は全ての場合に「共有」という概念を用いて規律しているが（民二四九条以下・六六八条・七六二条二項・八九八条）、それは民法起草者が、共同所有をいくつかの形態に分けて捉えてはいなかったことを反映している。

にも拘らず、大正期以降、ドイツ民法学、とりわけギールケ理論の影響の下に「総有」や「合有」という概念が導入され、共有・合有・総有を共同所有の三つの形態として区別するとともに、組合と社団をも区別する見解が通

説として定着するに至った。^(二)

この通説によれば、共有は個人主義的な共同所有形態であり、各共有者が自由に処分しうる持分を有し、共有物分割請求権を有するのに対して、合有は共同所有者の間に人的結合関係が存続する限り、持分処分の自由や分割請求権を行使する自由が制限される点に特徴があるとされる。^(三)そして、総有にあつては所有権の内容が質的に分割され、共同所有物の管理・処分権能は団体に帰属するが、使用・収益権能は団体構成員に帰属する団体的な所有形態であるとされ、村持入会や法人格なき社團の所有形態がこの総有であるとされている。^(三)

このようなギールケ流の共同所有論、とりわけ「総有」や「実在的綜合人」という概念は、「日本のギールケ」と称されている中田 薫博士^(四)によつて、徳川時代および明治前期の村落、あるいは入会権の法制史的研究に関連して導入され、石田文次郎博士や我妻 栄博士によつて民法学の領域に承継され、共有・合有との区別や多数当事者の債権関係への応用が完成されていった。

注(一) 共同所有や団体や多数当事者の債権関係に関して、民法制定以降の学説の変遷を整理した作業として、山田誠一「団体、共同所有および共同債権関係」星野英一編・民法講座別巻1「有斐閣・一九九〇年」二八八頁以下。

(二) 拙著・企業と団体の基礎法理「成文堂・一九八九年」三七頁注(2)・四三頁注(8) 参照。

(三) 拙著・前掲「注二」二九二頁注(2)・(3)・二九三頁注(5) 参照。

(四) 井ヶ田良治「中田 薫」潮見俊隆・利谷信義編・日本の法学者「日本評論社・一九七五年」二二三頁・二三九頁。

(五) この点については、拙著・前掲「注二」二九五頁・二九七頁注(1) 参照。

二 しかし、このような通説に対して、第二次大戦後のわが国の民主化・近代化の潮流の中で、ゲルマン法に由来する合有や総有概念の前近代性が疑問視されるに至った。そして、今日では合有や総有概念の曖昧さが指摘されているに止まらず、その要件・効果が明確でない、これらの概念を用いても個別・具体的な紛争の妥当な解決に役立つ

たないのではないか、という批判がなされている。^(八)

さらに、共有をローマ法的な個人主義的共同所有形態とし、共有者間には特定目的のための人的結合関係は存在しないとする通説^(七)に対して、共有にも団体的要素があるとする見解が主張されていたが、昭和五八年の『建物の区分所有等に関する法律』の改正により、区分所有者団体が当然に成立するものとされ(区分三条)、区分所有者団体の規約や集会決議による区分所有建物等の団体的管理が強化されたことを契機として、民法の共有規定の沿革にまで立ち帰った上で、通説が共有を合有や総有と対比して特徴づけているために、共有の個人主義的性質のみが強調されて、共有物の管理における団体的性質が見落とされたのではないか、という反省がなされている。^(九)

注(六) 拙著・前掲「注2」五五頁注(2)・一九七頁注(1)・二八二頁注(2)に引用した文献のほかに、合有や総有概念を用いることに疑問を呈する見解として、篠塚昭次「建物の区分所有」論争民法学2「成文堂・一九七四年」二一六頁(初出・谷口知平)加藤一郎編・新民法演習2 物権「有斐閣・一九六七年」、原島重義ほか・民法講義2 物権「有斐閣・一九七七年」二五二頁以下「新田 敏」新田 敏「共有の対外関係についての一考察」法研五九卷二二二号(一九八六年)一四三頁・一四五頁、山中康雄・民法「総論・総則・家族・相続」「法律文化社・一九七八年」三六頁以下(但し、合有や総有の語を用いることは差支えないとされる)、丸山英氣「区分所有権の基礎」区分所有建物の法律問題「三省堂・一九八〇年」二九頁、横 梯次「共同所有の諸形態」打田峻一先生古稀記念・現代社会と民事法「第一法規出版・一九八一年」三一頁、広中俊雄・物権法 第二版「青林書院・一九八二年」四二二頁、高島平蔵「共同所有理論の再構成について」早法五七卷三三三(一九八二年)二二頁以下、同「共同所有理論と団体法思想」早法六一卷三三〇四合併号(一九八六年)一一九頁以下、同、物権法制の基礎理論「敬文堂・一九八六年」二二五頁以下、稲本洋之助・民法II(物権)「青林書院・一九八三年」二九六頁、星野英一・民法概論II(物権・担保物権)「良書普及会・一九八九年」一三三頁・一四四頁・一七六頁、同・民法概論III(債権総論)「良書普及会・一九八八年」一七三頁。

これに対して、我妻 栄『有泉 亨・新訂物権法』(岩波書店・一九八三年)三一八頁は、共同所有の類型的把握は講学上・実務上必要であり、有用でもあるとされるが、このような対立は組合と社団の理念型による区別に関しても見られるところである(拙著・前掲「注2」二三七頁・二三八頁注(1)・(2)・二四〇頁注(4)参照)。

なお、私には、含有や総有概念がゲルマン法に由来することを理由に、これを前近代的なものとして排斥する見解は、団体の内部構造の理論的分析に基づかない、単なる感覚的批判のように思われる（拙著・前掲「注2」五五頁・二八二頁注（2）・三七〇頁参照）。

（七） 因に、通説を代表される我妻博士は共同所有には常に多少なりとも団体的結合関係があるとされるが（我妻 栄・物権法「岩波書店・一九五二年」二〇九頁、我妻「有泉・前掲」【注六】三一五頁。なお、我妻 栄・新版民法案内IV「一粒社・一九六八年」七九頁）、共有者全員が何ら団体的統制に服さないことが共有の本質とされる（我妻・物権法二二七頁、我妻「有泉・三二五頁。なお、我妻・案内IV一八頁」）。

なお、舟橋諱一・物権法「有斐閣・一九六〇年」三八七頁、玉田弘毅「階層的区分所有権について」不動産研究三巻四号（一九六一年）三八二頁、同「建物区分所有法の法的構成へその二」建物区分所有法の現代的課題「商事法務研究会・一九八一年」八二頁・八四頁（初出・時の法令八二四号「一九七三年」）は、共有物の管理につき共同関係を認められるが、平野義太郎・民法におけるローマ思想とゲルマン思想「有斐閣・一九七〇年」一一五頁は、共有物の管理について共同方法が採られていることは、所有権の本体にいささかも関係がないとされ、玉田弘毅「共同所有形態論序説」法律論叢三〇巻四号（一九五七年）一一八頁・一二一頁以下・一四八頁も、共有は団体的結合を予定していない共同所有形態とされる。

（八） 横田秀雄・改版増補 物権法「清水書店・一九二〇年」三八八頁、石田文次郎・物権法論「有斐閣・一九三三年」四八九頁、同・改訂民法大要（物権）「有斐閣・一九三七年」一〇二頁、来栖三郎「共同相続財産に就いて（四・完）」法協五六巻六号（一九三八年）六五頁以下、服部栄三「合手制（Gesamthand）と民法の組合（一）」同志社法学七号（一九五一年）五七頁注（21）、山中康雄・共同所有論「日本評論新社・一九五三年」五二頁以下、横・前掲【注六】五四頁以下、高島・前掲【注六】早法六一巻三〇四合併号一三一頁以下（なお、高島・前掲【注六】物権法制二二五頁・二二九頁・二二二頁）、奥田昌道ほか、民法学「有斐閣・一九七五年」二二三頁「水辺芳郎」、山田誠一「共有者間の法律関係（一）」法協一〇一巻一二号（一九八四年）四頁、同「共有者間の法律関係」私法四七号（一九八五年）一七八頁、鈴木禄弥・物権法講義・三訂版【創文社・一九八五年】二五頁以下、奈良次郎「共有物分割の訴えについて」藤原弘道「山口和男編・民事判例実務研究第五巻【判例タイムズ社・一九八九年】三〇九頁注（24）【初出・判例タイムズ五七九・五八八号（一九八六年）】」。

Vgl. O.v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1905, S. 384f.; Derselb., Deutsches Privatrecht, Bd. 3, 1917, S. 1030; Leonhardt, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931, S. 414; Larenz, Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, Jherings Jahrbuch., Bd. 83, 1933, S. 134ff.; Derselb., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 10. Aufl., 1972, S. 320; Buchda, Geschichte

und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, 1936, S. 292 ff.; Emmeccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, S. 761; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 143 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 1980, S. 16; Esser-Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, 6. Aufl., 1984, S. 631 u. 633; Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., 1985, S. 618; Bauer, Lehrbuch des Sachenrechts, 13. Aufl., 1985, S. 17; Hadding, in: Soergels Komm. zum BGB, Bd. 4, 11. Aufl., 1985, Rz. 41, vor § 741 (S. 234) u. Rz. 32u § 744 (S. 246).

(九) 山田・前掲〔注八〕法協一〇一卷二二五頁・二六頁以下・四五頁、同「共有者間の法律関係(四・完)」法協一〇二卷七号(一九八五年)一二九頁・一三三頁、同・前掲〔注八〕私法四七号一七九頁、新田・前掲〔注六〕法研五九卷二二号一四七頁。

三 また、従来の通説が共有性悪説、即ち「共有は紛争の母」であり、共有財産の管理が疎かになり易く、社会的に有害であると評価した上で、共有物の分割を共有関係の全面的解消としていたのに対して疑問が提起されたが、^(二〇)最高裁はこの疑問をはじめ、裁判による分割に関するいくつかの疑義に応えんとしている。

つまり、最高裁大法廷は、過半数以下の共有持分しか有しない山林共有者の分割請求権を排除していた森林法一八六条を違憲と判断する際に、裁判による分割に関して、現物分割の一態様として数個の共有物の一括分割や価格賠償による調整を認めるだけでなく、分割を求める共有者についてのみ共有物を分割し、他の共有者については、残存物につき共有関係を継続させることも可能であるとして、従来の判例を変更するに止まらず、さらに発展させる方向を示した。^(二一)

共有をめぐるこのような動向は、共同所有論を再検討しようとする学説の動きに拍車をかけ、分割請求権を共有の本質的メルクマールと見なければならぬのかという点にまで疑問は及んでおり、共有・合有・総有に代る共同所有形態の新しい類型化の試みなど、新しい共同所有論を構築せんとする動きが見られる。^(二二)

他方、前記の最高裁判決を契機として、「単独所有が近代的で、そうでない共同所有形態は常に単独所有に移行すべきである」と単純にいえるのか、分割の自由をもたない財産権も社会に存在しうるし、分割請求権を否定することによって、かえって財産権の保障になるのではないかという反省さえ加えられているが、これは合有や総有を前近代的であるという歴史的理由のみによって否定的に評価してきた、戦後の傾向に対する再検討をも迫っているように思われる。

注(一〇) 奈良・前掲「注八」二八七頁以下。

(一一) 最(大)判・昭和六二年四月二二日・民集四一卷三三〇四八頁。

(一二) 新田・前掲「注六」講義二二五頁以下、同・前掲「注六」法研五九卷二二五三頁以下、同「森林の共有における分割方法」昭和六二年度重要判例解説・ジュリスト九一〇号(一九八八年)七五頁、同「共同漁業権放棄の対価補償金の配分手続」平成元年度重要判例解説・ジュリスト九五七号(一九九〇年)六九頁、同「共有物の裁判上の分割方法に関する一考察」慶応義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集・法律学科篇「慶応通信・一九九〇年」七六頁、榎・前掲「注六」三二頁以下、山田・前掲「注八」私法四七号一八三頁以下、同・前掲「注九」法協一〇二巻七号一三八頁以下、同「建物の区分所有等に関する法律と共有物の管理」民商法雑誌九三巻臨増二号(一九八六年)一七八頁以下、同「共有不動産の占有に関する法律関係」判例タイムズ六四一号(一九八七年)四九頁、玉田弘毅「共有類型化への一つの接近」法曹時報四三巻四号(一九九一年)三頁・二〇頁。

(一三) 中井美雄「森林法分割制限規定の違憲訴訟判決の検討」法律時報五九巻九号(一九八七年)五七頁以下。

四 ところで、合手組合(その典型である合名会社)の内部構造を分析することを縦糸とし、これと社団(その典型としての株式会社)の内部構造とを比較することを横糸にして、私法上の団体の法的構造を分析した旧著において、私は総有という概念は不要ではないかという見解を述べた^(一四)。また、わが通説のように、合有につき共有持分(物権的持分)を認めながら、持分譲渡の自由と共有物分割請求権という共有の本質的属性が制限されているにすぎない

いと解するに止まるのであれば、これは共有の修正とすれば足り、いかにも共有とは異質な共同所有形態であるかのような印象を与える合有概念を用いる必要はないのではないか、^{二五}むしろ、個人法上の共有に対する団体法上の所有形態として、合手組合有（合有）と社団有とを認めるべきではないか、という見解を述べた。^{二六}

というのは、私見は合手団体につきフルーメのいう人法説に近い立場をとり、この団体を法人格はなくとも一個の法主体と認めうると解するからである。つまり、合手団体は共同事業を行うために各構成員の個別的な事業意思を統合して、共同事業意思が形成されるところに成立する。したがって、これは構成員によって担われながらも、各構成員とは別個の事業活動権Ⅱ人格権をもった法的存在であり、法人ではないが、一個の法主体である。つまり、その事業活動によって取得した権利や負担した債務は、各構成員にではなくこの団体、即ち共同事業のために結合した構成員総体に帰属する、と理論上は構成することが出来る。^{二七}

この点につき、わが民法は組合員の持分譲渡の自由を排除し、共同事業継続中の分割請求を認めていないので（民六七六条）、組合員には物権的持分がないこと、したがって積極財産については組合に帰属すること、つまり組合の権利主体性を論拠づけることはできる。しかし、債務については組合員の直接的・第一次的責任を規定しており（民六七五条）、債務が組合に直接帰属すること、つまり組合の債務主体性まで現行法によって論拠づけることは不可能であるが、「法人」とされる合名会社については権利と債務の直接的帰属、したがって合手組合の法主体性を正面から認めたものと解することが出来る。^{二八}

また、法人格なき社団についても、私見は通説とは構成を異にしている。つまり、私見は社団を通説のように出資者の人的結合体とは解しておらず、出資者総会や理事（会）・代表理事・監事などの機関の組織体と解している。そして、この社団、即ち機関の組織体も各出資者や理事などの各機関構成員によって担われながらも、それとは別個の事業意思の主体として、それとは別個の事業活動権Ⅱ人格権をもつ法的存在である。したがって、このような

な社团は、たとえ法人でない場合でも、各出資者や理事などの機関構成員とは別個の法主体と認めることができる。そして、団体の法人格は構成員とは別個の法主体である団体の存在についての公的証明にすぎないと解するならば、法人格なき社团の法主体性を承認する実定法規（積極的規定）が存在しなくとも、民法上の組合のように債務主体性を認める上で障碍となるような実定法規（消極的規定）が存在しなければ、その法主体性を否定すべき論拠はないことになる。^{二九}

注（一四） 拙著・前掲〔注二〕三六九頁。

（一五） 拙著・前掲〔注二〕三五頁。なお、同趣旨の見解については、拙著・三八頁注（4）参照。

（一六） 拙著・前掲〔注二〕三六九頁以下・三八三頁以下。なお、社团有、ないし社团的所有を認める見解として、舟橋・前掲〔注七〕三七三頁（但し、合有・総有も認められる）、榎・前掲〔注六〕四三頁以下（但し、四一頁以下では組合的所有も認められるが、組合員に物権的持分を認められる）、同・物権法概論〔有斐閣・一九八四年〕一九五頁以下（但し、組合的所有につき組合員の物権的持分を認め、また入会権は共同所有の第四の類型ともいえる）とされる、水辺・前掲〔注八〕一九一頁・二二四頁（但し、合有・総有も認められる）、鈴木・前掲〔注八〕四五頁、鍛冶良堅「いわゆる権利能力なき社团（非法人人社団）について」法律論叢三二巻五号（一九五九年）七五頁、同「権利能力なき社团と民法上の組合」遠藤 浩川井 健西原道雄編・演習民法（総則・物権）〔青林書院新社・一九七一年〕七〇頁、平出慶道「株式会社不成立の場合における発起人の責任（二・完）」北法一二巻三号（一九六二年）一〇頁以下、森泉 章「権利能力なき社团に関する研究」団体法の諸問題〔一粒社・一九七一年〕八一頁以下（初出・福島大商学論集三四巻四号〔一九六六年〕）、中馬義直「総有・合有・共有」判例時報編集部編・民法基本問題一五〇講Ⅰ〔一粒社・一九六六年〕三五四頁以下、林 良平編・注釈民法（2）〔有斐閣・一九七四年〕四八頁〔森泉 章〕、三枝一雄「法人格なき社团の財産関係」明大法制研究所紀要一一号（一九六九年）八七頁。（一七） 拙著・前掲〔注二〕第五章・第六章参照。なお、フルーメと同様、合手団体（少なくとも合手組合）に法主体性を認める見解については、拙著・一頁注（1）・四八頁注（3）・二五二頁注（2）・二五三頁注（11）（12）参照。このほかに、夫婦財産制から合名会社に至るまで、全ての合手共同体が同じように独立性を有しているわけではないが、合手は法主体と認めうるという説としてSchmidt, in Münchener Komm. zum BGB, Bd. 3.2. Aufl. 1986, Rz. 6zu§741 (S. 823). また、全ての合手共同体を法主体と解するのは一般化のしすぎであるが、持分共同体と合名会社の対比としてならばフルーメ説は妥

当とする見解と」Huber, in Staudingers Komm. zum BGB, Zweites Buch : Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl., 1982, Rz. 156 zu § 741 (S. 50).

合手組合に部分的権利能力を認める説については、拙著・二六五頁注(4)・二七九頁参照。なお、住居所有権者の団体に部分的権利能力を認める説があるが、この点については本稿第四章で触れる。

(二八) 拙著・前掲「注二」第一章・第五章・第六章参照。なお、わが民法上の組合については完全な法主体性を認めることができないとする結論は、服部栄三「合手制 (Gesamthand) と民法の組合 (二・完)」同志社法学八号 (一九五一年) 六一頁、Buchda, a. a. O. [N. 8], S. 303 (なお、来栖三郎「民法上の組合の訴訟当事者能力」菊井先生献呈論集・裁判と法 (上) 有斐閣・一九六七年] 三三八頁、同・契約法「有斐閣・一九七四年」六六一頁) に近い。

(二九) 拙著・前掲「注二」三七三頁以下。なお、法人格なき社団に法主体性を認める見解として、注(一六)で引用した、横「諸形態」三三頁以下 (但し、機能資本の相手である組合の法主体性も認められる)、同・概論一九四頁・一九五頁、鍛冶・法論三二巻五号八一頁以下・八七頁以下、同・演習民法六九頁、平出・北法一二巻三号一四頁・一八頁以下、森泉・諸問題七〇頁以下、同・注釈民法(2)三八頁以下、三枝・八五頁・八七頁のほかに、平出慶道「株式会社不成立の場合における発起人の責任 (一)」北法一二巻二号 (一九六一年) 九四頁以下、山中・前掲「注六」民法三七頁。

因に、平成三年の地方自治法改正により市町村長の認可を受けた地縁団体 (いわゆる町内会) は、法人格が付与され不動産登記能力を認められるが (地方自治法二六〇条の二第一項)、この例は法人とは団体の主体性の公的証明であるとする私見を実証しているように思われる (なお、この地方自治法改正の資料は大学院生・山中 稔氏に提供して頂いた)。

五 このように、私の団体法理論はドイツやわが国の通説とは著しく異なっているが、旧著では、共有についてはわが通説の理解を前提として、これを個人法上の共同所有形態としているが、共有の論理構造を分析した上での結論ではなかった。

個人法上の共有について分析をしていなくても、これとは次元を異にする団体の内部構造を分析することは可能である、と考えたことが第一の理由である。勿論、共有について分析をしておく方が、合手組合員の持分 (総持分)

と共有持分（物權的持分）との違いを知る上で、理解がより深まり、説得力も増すであろうが、従来の共有論に批判的な検討を加えておこななくても、合有と共有、したがって總持分と共有持分の比較は可能であると考えた。

尤も、旧著第六章に「ドイツ合手理論の再検討」と改題して収めた原論文^(二〇)を書く際に、合有と共有の区別・連関性を探る作業は一応したもの、この部分は意識的に削除した。というのは、共有の論理構造を分析するためには、所有權の論理構造、即ち「所有權とはどのような構造をもった權利なのか」ということを分析しておくことが不可欠の前提になるが、団体の内部構造を分析している段階ではその作業に追われて、所有權の論理構造を本格的に分析する作業にまで手が回らなかつたからに他ならない。合手団体の分析に私なりの一応の見解を出した上で、所有權の分析へと下降するに至つた現在^(二一)、ようやくにして共有の論理構造を分析する作業にとりかかりうる段階に達した。

したがって、本稿は「ドイツ合手理論の再検討」を行つた際に意識的に残しておいた課題を果さんとするものであるが、それと同時に、共有にも含まれている団体的要素と合手組合の区別・連関性を探り、さらに区分所有者団体と合手組合や社団との区別・連関性にも触れることによつて、旧著で展開した団体法理論と、そこで用いた私なりの方法、即ち法現象を本質―実体―現象形態の三つの次元に区別し、連関づけて把握せんとする方法を用いて、その後展開した所有權理論^(二二)を連結させるという意味をも有している。

注(二〇) 拙稿「合手原理と組合法理」佐賀大学経済論集一八卷三―四合併号（一九八五年）九九頁以下。

(二一) 所有權に関する私見については、拙稿「所有權の論理構造」佐賀二〇卷四号（一九八七年）六五頁以下、同「所有權に基づく妨害排除請求權」佐賀二一卷三号（一九八八年）一〇五頁以下、同「物權變動論の法理的検討（その一・所有權移轉論の検討）上・下」佐賀二二卷四号（一九八九年）一一頁以下・二二卷五号（一九九〇年）一六九頁以下、同「物權變動論の法理的検討（その二・對抗要件論の検討）上・中・下」佐賀二三卷一号（一九九〇年）一〇七頁以下・二三卷二号（一九九〇年）六三頁以下・二三卷三号（一九九〇年）五一頁以下。なお、右の對抗要件論の中で不動産登記を商業登記と対比

しているが、この対比を念頭において商業登記について論じた、拙稿「商業登記の一般的効力 上・中・下」佐賀二三巻五号（一九九一年）一三五頁以下、二三巻六号（一九九一年）八一頁以下・二四巻一号（一九九一年）八七頁以下は、民法一七七条の対抗要件論を補うものである。

六 本稿で取扱う論点を要約すると、第二章では所有権の論理構造に関する私の仮説を基にして、共有の性質に関する二つの学説を検討する。そして、従来、共有が発生する典型的な事例とされている物品の共同購入や共有物の売却（とりわけ代金分割を行うための売却）、さらには共有者全員の合意に基づく共有物の利用は共同事業であり、共有持分権、ないしそれに内在している諸権能の出資による事業共同体が形成されているとした上で、この事業共同体（共有物の利用共同体や処分共同体）と単なる共有（共有物の管理共同体）の区別・連関構造を探ることによって、共有と合有（合手組合有）は個人法と団体法という次元を異にした共同所有形態でありながらも、両者は関連性をも有していることを論証する。

共有と合有（一）

第三章では、共有者相互の関係や第三者との関係（いわゆる共有の内部関係・外部関係）に関する判例・学説の検討を通して、共有とは一個の所有権が複数人に帰属する状態であると解していた旧通説が、共有理論にどのような混乱をもたらしているかを考察する。つまり、共有権ないし共有関係の確認の訴えや、その登記の問題もさることながら、共有物の保存行為という概念が濫用され、物の保存と権利の保存（保全）が区別されなくなっていることや、管理と処分、変更と処分の区別が不明確であることが共有理論を不明瞭にしており、さらに管理共同体と利用共同体・処分共同体の区別・連関づけの欠如と結びついて、共有理論を一層の混乱状態に追い込み、そこから抜け出せなくなっているのではないかということを検証する。その上で、共有物分割は持分権の処分（出資）を前提とした処分共同体による共有物の処分行為であり、分割協議の調整による処分共同体の形成と分割の実行による即

時解散という考え方を必要とすることを確認する。

第四章では、建物区分所有制度につき二元的構成と一元的構成の難点を止揚するために、共有物の管理共同体と利用共同体・処分共同体の区別・連関構造を踏えた上で、共有と互有・合有を区別・連関づけ、さらに区分所有者団体と区分所有者の権利・義務を区別・連関づける作業を試みる。また、民法二六四条の準共有概念は、共有に関する旧通説の理解を前提とするものであるならば、これとは異なる共有理論に立つ場合には、この準共有概念の検討も必要になる。そして、この問題は債権の準共有を多数当事者の債権関係（不可分債権関係）に解消してしまう通説の検討とも連がっており、区分所有建物のための借地権の構成に関して、その検討を行う。さらに、この問題と関連して、区分所有制度の個別所有性を重視した理論を構成するために、空中権ないし空間権を認める必要があるのか否か、この概念は果してわれわれの常識に合うのか否か、についても検討しなければならない。そして、区分所有者団体の性質が曖昧であり、法人と法主体の区別・連関づけに欠けていることが、管理者の性質や管理組合法人の解散に関して表面化していることを検証する。

最後に、第五章では従来の区分所有論や共有論を総括した上で、区分所有制度を論じるためには、一方では合手組合や社団、入会権、さらには会社についての理解を必要とし、他方では共有、したがって単独所有権について理解を深めておく必要があるが、従来の学説はこれらの諸制度について、必ずしも十分に踏み込んだ上での理論展開をしているとは評し難いことを指摘する。さらに、ドイツの合手理論とわが国の合有論の違いを一瞥した上で、わが私法学界では自然人か法人でなければ法主体ではないとするドグマだけでなく、一物一権主義のドグマが根強くはびこっているために、現実を十分に反映した法理論を構築する上で障碍になっていることを検証する。

二 共有と合有の区別・連関構造

一 共有の法的性質については、ドイツ普通法時代に大いに議論されたところである。この議論では、ローマ法の共有は分割された所有権なのか、結合された所有権なのか、あるいは共同の所有権なのか。また、分割された所有権であるとすれば、分割されるのは物なのか、権利なのか、ということが争点となっていた。^(二二)

わが国においても、民法二四九条以下に規定する共有の法的構成については、二つの見解が主張されている。その一つは、一個の所有権が量的に分割されて複数人に帰属する状態を共有と解するものであり（以下、この説を「分量説」と呼ぶ）、民法制定当時に採られていた見解である。^(二三)これに対して、各共有者がそれぞれ一個の所有権を有するが、権利の客体が共通しているために、各共有者の権利の内容が一定の割合によって相互に制限し合い、これらの権利内容の総和が単独所有権の内容と等しくなっている状態が共有であるとする見解（以下、この説を「所有権説」と呼ぶ）が主張されており、この見解が今日では有力になつてゐる。^(二四)

なお、所有権説が有力化する以前の判例は「共有ハ数人カ共同シテ一ノ所有権ヲ有スル状態ニシテ共有者ハ物ヲ分割シテ其一部ヲ所有スルニアラス各共有者ハ物ノ全部ニ付キ所有権ヲ有シ他ノ共有者ノ同一ノ権利ニヨリテ減縮セラルルニ過キス從テ共有者ノ有スル権利ハ単独所有者ノ権利ニ性質内容ヲ同フシ唯其分量及ヒ範圍ニ広狭ノ差異アルノミ故ニ各共有者ノ持分ハ一ノ所有権ノ一分子トシテ存在スルニ止マリ別個獨立ノ存在ヲ有スルモノニアラス^(二五)」として、分量説に立つたのようでもあるが、所有権説に立つたの如き表現もしており、その依つて立つ共有理論が不明瞭であり、^(二七)その後の混乱の原因をなしているように思われる。

ところで、共有の法的構成を異にするのに対応して、各共有者が有する持分権についての理解も異なつたものとなつてゐる。即ち、分量説の立場では、持分権とは一個の所有権が量的分割された一部分であり、共有者全員の持

分を合せると一個の所有権になると解されている。これに対して、所有権説によれば持分権は同一物の上に存在する他の所有権によって制約を受けた所有権ということになる。そして、所有権説からは、その説明が技巧的ではあるが、持分の独立性や弾力性（民二五五條）を説明するのに適しており、個人主義的民法の趣旨にも適うと主張されている。これに対して、分量説の方からは自説の方こそ説明が簡明であり、しかも一物一権主義の原則にも適っていると主張する^(二九)。

- 注(二二) 岡松参太郎・註解民法理由 中巻「有斐閣書房・一八九七年」二二七頁以下、石田文次郎・土地總有權史論「岩波書店・一九二七年」二七一頁以下（初出・法学論叢一七卷四号「一九二七年」）。Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichrecht, ZHR. Bd. 49(1900), S. 155 ff.; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 744.
- (二三) 分量説に属する見解として、梅 謙次郎・訂正増補民法要義卷之二 物權編「有斐閣書房・一九一六年」一九一頁、富井政章・民法原論第二卷 物權「有斐閣書房・一九一八年」一五六頁・一六一頁・一七二頁、松波仁一郎「仁保龜松」仁井田益太郎・帝国民法正解第二卷「日本法律学校・一八九六年」六三八頁・六四二頁・六四六頁以下・七三三頁・七三四頁、岡松・前掲「注二二」二一七頁以下・二四二頁、三瀨信三・物權法提要「有斐閣書房・一九一七年」一二三頁以下、川名兼四郎・物權法要論・訂正五版「金刺芳流堂・一九二〇年」一一三頁・一二六頁・一三三頁（但し、所有権が分割され各自が一部の所有権を有し、所有者の数だけ所有権があるとされる）、中島玉吉・民法釈義卷之二上 物權篇上「金刺芳流堂・一九二〇年」二八一頁・四三六頁、鳩山秀夫「所有権より生ずる物上請求権」民法研究第二卷「岩波書店・一九三〇年」一二六頁（初出・法学志林二二卷二号「一九二〇年」）、横田・前掲「注八」三七六頁以下、同「共有二就テ」法学新報三三卷一号（一九二二年）四頁以下、岩田 新・物權法概論「同文館・一九二九年」七〇頁、石田（文）・前掲「注八」物權法論四八五頁、同・前掲「注八」大要九九頁以下、同「含有論」法協四九卷四号（一九三二年）四頁、松岡義正・民法論 物權法「清水書店・一九三二年」五六四頁以下、我妻 栄・物權法「岩波書店・一九三二年」一八四頁（但し、後掲「注二四」で改説）、平野・前掲「注七」一一四頁、山田 晟・ドイツ物權法上卷「弘文堂書房・一九四四年」四二三頁、柚木 馨・判例物權法総論「有斐閣・一九五五年」四七〇頁、柚木 馨「高木多喜男・判例物權法総論（補訂版）」「有斐閣・一九七二年」五一六頁以下、末川 博・物權法「日本評論新社・一九五六年」三〇八頁以下、林 良平・物權法「有斐閣・一九五六年」一三二頁以下、新田・前掲「注六」講義二二五四頁・二六三頁、同・前掲「注六」法研五九卷一二号一五七頁以下、同「民法二

五四条と区分所有法二五条」法研四七卷二二号（一九七四年）四六頁、同「区分所有建物の存在を目的とする土地賃借権」慶応義塾創立一二五年記念論文集・法学部法律学関係「慶応通信・一九八三年」一四九頁。

- (二四) 所有権説に属する見解として、末弘厳太郎・物権法上巻「有斐閣・一九二一年」四〇六頁以下・四一九頁、田島 順・物権法「弘文堂書房・一九三五年」一八一頁・一八七頁、近藤英吉・物権法論「弘文堂書房・一九三六年」七七頁以下、同・民法要義「松華堂書店・一九三八年」八三六頁以下、我妻・前掲「注七」物権法二二頁・二三頁、我妻・有泉・前掲「注六」三一六頁以下・三二〇頁、勝本正晃・物権法「創文社・一九五三年」一四五頁、山中・前掲「注八」二九頁以下・四七頁・六五頁、舟橋・前掲「注七」三七五頁（但し、三八六頁以下は共有物の管理を中心として形成された共同関係に基づく一個の物権的請求権を認められる）、玉田・前掲「注七」法論三〇巻四号一三三頁、松坂佐一・物権法提要・新版「有斐閣・一九七二年」一一六頁、石田喜久夫・物権法「日本評論社・一九七八年」七六頁、同・口述物権法「成文堂・一九八二年」二二一頁、嶺・前掲「注一六」一九九頁以下。

(二五) 大判・大正八年一月三日・民録二五輯一九四四頁（原文傍点付き）。なお、大判・大正一三年五月一九日・民集三卷二一頁は、前記の判決を引用して共有につき同趣旨の理解を示している。

(二六) 末弘・前掲「注二四」四〇八頁「註一」、柚木・前掲「注二三」四七二頁注（二）は、この判決は所有権説に立つものとされ、柚木・四七一頁は大正一三年判決も所有権説の代表例とされる。なお、柚木・四七二頁注（三）は、大正八年判決は恰も持分権の権利的性質を否認するかの如き表現を示し、態度の混乱をみせているとされる。

(二七) 舟橋・前掲「注七」三七五頁注（一）は、大正八年判決は所有権説に従っているようであるが、分量説の立場をとっているようであるとされる。

(二八) 舟橋・前掲「注七」三七五頁。なお、山中・前掲「注八」三九頁以下。

(二九) 末川・前掲「注二三」三〇八頁以下（但し、三一頁は二五五条に関して持分権の弾力性を認められるが、政策的配慮にも言及される）。一部同頁、柚木・前掲「注二三」四七〇頁、柚木・高木・前掲「注二三」五二二頁・五二三頁、林・前掲「注二三」三三頁（なお、一三四頁）、新田・前掲「注六」講義二二五四頁。

二 このように、共有や持分権の法的構成をめぐって理論的な対立はあるものの、分量説も持分権は完全な所有権ではないが、所有権とは異なった性質の権利ではないから、その効力や保護においては所有権と全く同一の取扱い

がなされると解している。^(三〇)したがって、分量説を採るも所有権説を採るも、単に説明の仕方の違いにすぎず、結果においては異ならないとされ、^(三一)今日ではスコラ的論議以上のものではないとか、実益のある議論ではないと評されている。^(三二)

なるほど、分量説によるも所有権説によるも、結論に差異はなく、単に民法規範の説明の仕方の違いにすぎないのであれば、実用法学の観点からは共有の法制的性質を論じることとは無用の議論ということになるであろう。しかし、次章で検討するように、共有権ないし共有関係の確認の訴えは固有必要的共同訴訟か否かという問題や、その登記は共有者全員で行う必要があるのか否かという問題を解決する際には、その前提として、共有をどのように法理的に構成するかということが問題となるはずである。

というのは、この訴訟につき判例は共有者全員で有する「共有権」と、各共有者が有する持分権とを分けた上で、前者の確認の訴えは共有者全員で提起しなければならないが、後者に関する訴えは共有者各自が単独で行いうるとして、二元的構成を採っており、^(三三)通説もこの結論を支持している。しかし、共有者全員で有する一個の所有権として「共有権」なるものを認めるか否かは議論の分れるところであり、分量説からはそのような権利を認めることは^(三四)できるが、所有権説からは「共有権」という一個の所有権を認めえないのは当然の帰結である。^(三七)したがって、所有権説の立場からは「共有権」に代えて「共有関係」という表現を用い、その確認の訴えを固有必要的共同訴訟とする見解が通説となつてはいるが、「共有関係」確認の訴を認める必要はないとする見解も有力であることは、次章で見るとおりである。

また、分量説の立場からも、「共有権」なる独立の物権は存在しないとする見解は主張されている。^(三八)そして、分量説に立つと思われる学説の中にも、数人が共同して一個の権利を有するとするのは共有の意義を尽さないだけでなく、^(三九)総有（含有）との区別を明らかになしえないと批判する見解がある。したがって、分量説に立つからといって

必ずしも「共有権」を認めるといってもなく、分量説だと所有権説だとを問わず、共有をどのように理解するかにより結論に差をもたらす場合もあるし、結論に差はなくとも、その理由づけに違いをもたらすこともあり、これを無用の議論とか、スコラの論議といい切れるかは疑問である。

まして、私見のように実用法学からは一定の距離を置いて、「所有権とはどのような構造をもった権利なのか」という純理論的な問題意識の下に所有権を分析し、共有の論理構造を探らんとする立場からすれば、結論において違いがなく、説明の方の差異にすぎないから議論の実益がないというのは、学問とは一体、何を探求することを使命とするのかという、根源的な疑問を禁じえないし、共有の法的構成をめぐる分量説と所有権説の対立こそ、理論的に追求すべき興味深い題材を提供している。

というのは、一個の物の上に所有権という排他的支配権が複数並立することを認める所有権説には、分量説が批判しているように、一物一権主義の原則に反するのではないか、という根本的な問題が含まれている。さらに、「持分権の弾力性」を「所有権の弾力性」に類比しうるのか、そもそも制限物権が消滅した後の状態を「所有権の弾力性」と称する必要があるのかという問題もある。

他方、分量説に対しては、物を全面的に支配する権利とされる所有権は、果して量的に分割されて、複数人に帰属することが出来るのかという根本的な疑問がある。^{四〇}さらに、分量説の立場から、共有においては共同所有者の間に人的結合関係がない点で合有と異なるとしながら、複数人が共同して一個の所有権を有するというのであれば、これは人法説にいうところの合有ではないのか。これが合有ではないというのであれば、人的結合関係のない複数人はどのようにして一個の所有権を有することができるのか、という問題をかかえている。^{四二}

また、共有理論史という観点からは、民法制定当時には分量説が通説であったのに、なぜ所有権説が台頭し、有力になったのか。このような学説の変遷の裡で、ドイツの合手理論の導入はどのような影響を及ぼしたのか、とい

う点も興味を覚えるところである。

(三〇) 前掲 [注二三] の富井・一五七頁・一六一頁、岡松・二一八頁、中島・四三七頁、三瀨・一四三頁(但し、一二九頁以下では、持分は権利でも義務でもなく、一種の法律上の地位とされる)、横田・三七七頁以下、石田(文)・物權法論四八五頁、同・大要一〇一頁、平野・一四四頁(なお、持分はそれ自体において成立する物權とされる)、末川・三〇九頁、林・一三三頁・一三五頁、柚木・四七一頁、柚木・高木・五一七頁、新田・講義二二五四頁・二五八頁。なお、分量説の立場から共有持分を完全な所有權、ないし所有權そのものとする説として、前掲 [注二三] の川名・一二三頁・一二七頁、岩田・七四頁(なお、七二頁では通説の見解からは持分は強度の弱い所有權とされる)、松岡・五七〇頁。

因に、共有を一個の權利に対する持分共同体の特殊形態とするケイツでは(下民七四一条・一〇〇八条)、共有持分を所有權そのものとしたり、所有權性を認めるのが多数説である。Gierke, a.a.O. [N. 8], DPR II, S. 383; Buchda, a.a.O. [N. 8], S. 295; Bauer, a.a.O. [N. 8], S. 16; Derselb, in Soergels Komm. zum BGB, Bd. 5, 11. Aufl., 1978, Rz. 2u. 4vor § 1008 (S. 509u. 510); Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 2 zu § 741 (S. 820); Derselb, in Münchener Komm. zum BGB, Bd. 4, 2. Aufl., 1986, Rz. 1 u. 16 zu § 1008 (S. 998 u. 1003); Eichler, Institutionen des Sachenrechts, Bd. 1, 1954, S. 155 f.; v. Tuhr, Der All-gemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1957, S. 83 u. 84; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, S. 351; Westermann, Sachenrecht, 4 Aufl., 1960, S. 125; Westermann-Gursky-Pinger, Sachenrecht, Bd. 1, 6. Aufl., 1990, S. 181 (ヴェースターマンは、共有においては物が觀念的な持分に分けられ、共有者は量的に分割された部分の所有者であると主張); Reinhardt-Schultz, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1981, Rz. 24 (S. 10); Palandt-Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 41. Aufl., 1982, § 1008 Anm. 1 (S. 1095); Gursky, in Staudingers Komm. zum BGB, Drittes Buch: Sachenrecht, 12. Aufl., 1982, Rz. 2zu § 1008 (S. 124); Stürmer, in Soergels Komm. zum BGB, Bd. 6, 12. Aufl., 1989, Rz. 2u. 4 vor § 1008 (S. 789 u. 790), dagegen: Fabricius, a.a.O. [N. 8], S. 123 u. 138; Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 160 zu § 741 (S. 51); Esser, a.a.O. [N. 22], S. 745; Esser-Schmidt, a.a.O. [N. 8], S. 634.

(三一) 前掲 [注三三] の末川・三〇八頁、林・一三三頁、柚木・四七〇頁、柚木・高木・五一六頁、新田・講義二二三頁。前掲 [注三四] の田島・一八二頁、我妻・二二三頁、我妻・有泉・三一九頁以下、舟橋・三七五頁、松坂・一六頁、玉田・法論三〇卷四号・一一九頁注(2)のほかに、於保不二雄「共有」前掲 [注六] 新民法演習二・二二九頁、塩崎 勤「共有物の保存・管理をめぐる諸問題」判例タイムズ四〇八号(一九八〇年)四三頁注(5)。

- (三二) 川島武宜・民法1「有斐閣・一九六〇年」一三八頁。
- (三三) 川島武宜編・注釈民法(7)「有斐閣・一九六八年」三〇六頁「川井 健」、鈴木祿弥・物権法講義・改訂版「創文社・一九七七年」一八頁。なお、前掲「注六」の高島・物権法制二一五頁・二一六頁、稲本・二九九頁、星野・概論II一三四頁。中馬・前掲「注一六」三六一頁。
- (三四) 分量説と所有権説とで、どのように説明の仕方を変えるかについては、山中・前掲「注八」三三頁以下。
- (三五) 共有権確認の訴えと持分権に基づく訴えを区別して、二元的構成をとる判決として、大判・大正八年五月三一日・民録二五輯九四六頁、大判・大正一三年五月一九日・民集三卷二二一頁、大判・昭和三年二月一七日・民集七卷一〇九五頁。なお、持分権の確認につき二元的構成を前提とする判決として、大判・大正八年四月二日・民録二五輯六一三頁、最判・昭和四〇年五月二〇日・民集一九卷四号八五九頁。共有権の移転登記手続請求につき二元的構成を前提とする判決として、大判・大正一一年七月一〇日・民集一卷三八六頁、最判・昭和四六年一〇月七日・民集二五卷七号八八五頁。
- (三六) 「共有権」を認める最近の学説として、新田・前掲「注六」講義2二六三頁、同・前掲「注六」法研五九卷一二号一六四頁以下、広中・前掲「注六」四三八頁、小山 昇「必要的共同訴訟」民事訴訟法講座第一卷「有斐閣・一九五四年」二五七頁、同「判例評釈 一、共有者全員が提起した共有権確認訴訟は固有必要的共同訴訟か 二、共有者全員が提起した共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟は固有必要的共同訴訟か」判例評論一六〇号(一九七二年)二八頁、小室直人「夫婦の財産の区別」中川善之助先生還暦記念・家族法大系II「有斐閣・一九五九年」二六七頁、松浦 馨「環境権侵害差止仮処分訴訟における当事者適格と合一確定の必要性」山本戸克己教授還暦記念・実体法と手続法の交錯II「有斐閣・一九七四年」三〇七頁注(20)。なお、稲本・前掲「注六」三〇二頁・三〇三頁・三〇四頁・三〇五頁は、共有物全体についての所有権・共有物所有権という表現を用い、石田(喜)・前掲「注二四」物権法八〇頁は「全員に帰属している全体としての所有権」という表現をされる。
- (三七) 末弘・前掲「注二四」四一一頁。なお、兼子 一「共有関係の訴訟」民事法研究第二卷「酒井書店・一九五五年」一五一頁(初出・法学新報 加藤正治博士追悼号「一九五二年」)。
- (三八) 三瀨・前掲「注二二」一一三頁。
- (三九) 松岡熊三郎「債権ノ共有関係ト総有関係」国家及国家学八卷一号(一九二〇年)四〇頁以下。Vgl. Emeccerus-Lehmann, aaO. [N. 8], S. 762f.
- (四〇) 山中・前掲「注八」三一頁は所有権説の立場から、この点を鋭く衝かれている。なお、権利そのものは分割できないと

する見解として Fabricius, a.a.O. [N. 8], S. 123u. 138; Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 161zu §741 (S. 52); Derselb, Ver-
mögensteil, Kapitalanteile und Gesellschaftsanteile an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 122.

因に、服部・前掲 [注八] 五七頁注 (21) は、共有を分数的持分の集合と解することは権利共同⁽²¹⁾、ないし共有を破壊する
ものではないかという疑問が生ずる⁽²²⁾とされる。Vgl. Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Teil I: Grund-
legung, 1914, S. 145 f.; Larenz, a.a.O. [N. 8], Jher. Jb. Bd. 83, S. 113 ff.; Derselb, a.a.O. [N. 8], SR II, S. 321 f.

(四一) 一部同意⁽²³⁾ 山田 (晏)・前掲 [注三三] 四二二頁。なお、前掲 [注三九] の松岡説もこのような疑問に連がっているよう
に思われる。Vgl. Leonhardt, a.a.O. [N. 8], S. 415.

三 さて、「所有権の論理構造」に関する私の仮説によれば、所有権とは次のような構造をもつ権利である。即ち、
所有権とは権利主体が外界の物を排他的に支配せんとする意思をその本質とするが、この排他的支配意思が社会の
承認を受けることにより、この権利主体以外の者は不可侵義務を課されることになる。その結果、不可侵義務に違
反する者があれば、この者に対して排他的支配を維持・回復するための排他的支配力（その具体的発現形態として
の物権的請求権）の行使が認められるが、この排他的支配力が所有権の実体をなし、これが所有権をして物に對す
る排他的支配権の実をあげうるようにする。つまり、この排他的支配力に裏打ちされてこそ、物を排他的に支配す
る権能（管理・使用・収益・処分などの諸権能）も実効性をあげうるが、これらの諸権能は所有権の現象形態で
ある。したがって、民法二〇六条は所有権を、この現象形態次元において規定したものといえることができる。^(四二)

このような「所有権の論理構造」を基準にして従来の共有学説を位置づけて見ると、分量説は所有権の現象形態
を見て共有の理論構成をしているのではないかと解される。というのは、共有者は時間なり空間を基準にして共有
物を觀念的に分割した上で、これを使用したり収益することが出来る。また、共有物の管理については、共有物の
変更のように共有者全員の同意を要する場合（民二五一一条）はもとより、狭義の管理行為のように持分を基準にし

た多数意思の形成を要する場合（民二五二条本文）にも、その意思形成に量的に参加することになるが、この狭義の管理権能も所有権の現象形態に属し、各共有者が単独で行為しうる保存権能も（民二五二条但書）、右と同様、所有権の現象形態に属する事項である。したがって、この側面だけを見るならば、共有とは一個の所有権が複数人に量的に分割されて帰属している状態といえそうである。

しかし、分量説では所有権の本質次元の問題、即ち組合のように共同目的の下に人的結合関係を形成していない複数人が、それぞれ独自に排他的支配意思をもちながら、「どのようにして」全員で一個の所有権を有しうるのか、つまり一個の排他的支配意思を形成しうるのか、という問題に解答を与えることは出来ないであろう。とりわけ、分量説の中でも横田説のように、組合員には共有持分（物権的持分）はなく、組合財産に対する組合員としての持分しかないとする見解をとりながら、共有においても一種の組合を成立せしめると解するのでは、共有と合有の區別が不明瞭になるであろう。

また、分量説に立つて、組合における共有を当事者の意思に基づいて成立する共有の典型としながら、組合の法主体性を認めず、組合員に共有持分（物権的持分）を認めるのでは、組合という事業共同体の実体に適合しないだけでなく、分量説の論理も一貫しないように思われる。なぜなら、組合における共同所有も単なる共有にすぎないとすれば、分量説の立場からは組合員全員で一個の所有権を有し、これを各組合員が量的に分割し合うことになるが、組合という事業共同体にあつては、一個の所有権を量的に分割したのでは共同事業をなしえないはずである。

したがって、共同事業が継続している間は持分を拘束して、共有物の分割請求も持分の譲渡もなしえない（民六七六条）とするのであろう。しかし、このような拘束を課すのみでは、合理的な経営は行えないであろう。ただし、共有物を処分するには共有者全員の合意を要するからである。それだからこそ、民法は組合の業務執行につき多数決による意思決定を導入した（民六七〇条一項）のであろう。しかし、それは既に共有の法理を踏み越えており、

一個の所有権が共同に帰属している共有者全員を一個の権利主体と解してこそ、分量説の共有論と組合理論に筋が通るのではあるまいか。^(四八)

まして、石田（文）博士のように、一方では組合が権利主体でなく、組合員が権利主体である限り、個々の権利は組合員に帰属することになる結果として、各組合員に物権的持分を認めながら、他方では組合員の業務執行権や配当請求権などを社員権、ないし身分的持分として認めたり、^(四九)あるいは林博士のように、組合において個々の財産についての共有が問題とされることはほとんどなく、組合財産全体に対してもつ組合員の地位の方が問題であるとするのであれば、^(五〇)法人と法主体とを明確に区別・連関づけた上で、自然人か法人しか法主体ではありえないとする伝統的な発想を止揚して、組合を一個の法主体と解する方が、共有Ⅱ分量説からの組合理論として一貫し、共有と合有の区別も明確になったのではないかと思われる。ただし、石田博士や林博士が組合員の物権的持分を認められるのは、組合は法人ではないから権利の帰属主体たりえず、各組合員を権利主体とせざるをえないという、形式的な理由によるものだからである。

次に、分量説の考え方は所有権の実体次元に関しても、問題を含んでいる。というのは、各自独立している複数の共有者が「どのようにして」排他的支配力を量的に分割するのか、つまり「どのようにして」物権的請求権を複数の共有者に分割するのか。そもそも複数人に一個の所有権が認められているのであれば、排他的支配力も一個のはずであるが、これを複数人の間で量的に分割しうるものなのか。これを分割しうるとしても、果して量的に分割された物権的請求権は単独所有の場合と同様に、各共有者が単独で行使しうるのか、そして単独所有の場合と同じ効果をあげうるのかという疑問が生ぜざるをえないからである。

この点につき、分量説は共有持分権が所有権と同一の性質をもつこと、あるいは所有権そのものであることを根拠に、その効果や保護の面でも所有権と同じ取扱いを受けるとして、一定の場合には各共有者が単独で物権的請求

権を行使することを認めている。^(五二)しかし、共有者が全員で一個の所有権を有するとしながら、なおかつ各共有者は

^(五二)

持分という所有権と同質の権利を有するとは背理ではあるまいか。共有者全員に一個の所有権が帰属しているのであれば、どうして各共有者にも物を全面的・排他的に支配しうる所有権の性質を有する権利が帰属しうるであろうか。一個の所有権という最小単位の権利が共有者全員に帰属している以上、各共有者には独立した権利は帰属しないはずであり、そもそも全面的・排他的な支配権を量的に分割することはありえないのではあるまいか。分量説からはせいぜいのところ、共有者相互間において観念的な持分が認められるにすぎず、この持分が対外的にも所有権の性質と効力を有すると解することは出来ないであろう。^(五三)

分量説からすれば、むしろ共有者全員で一個の物権的請求権を有し、全員でこれを行使用すると構成する方が、論理も一貫するように思われる。^(五四)そして、分量説からは全員で一個の物権的請求権を有することになるからこそ、次章で検討するように、この分量説の影響から脱しきれない判例や学説は、保存行為や不可分債権の法理を駆使することによって、各共有者が単独で妨害排除の請求をしたり、共有物の返還請求訴訟を行う途を拓く工夫をして来たのではあるまいか。

注(四二) 拙稿・前掲[注二二]佐賀二〇巻四号六五頁以下、佐賀二二巻三号一〇五頁以下。

(四三) 因に、梅・前掲[注二二]一〇二頁は、民法二〇六条は所有権の定義を下したもので、「本条ノ定義ニ拠レハ所有権ナルモノハ三ノ構成成分ヨリ成レリ」とされるが、富井・前掲[注二三]八八頁は、二〇六条は「一種ノ形式ニ於テ所有権ノ定義ヲ示シタルモノ」で、「此定義ハ完全ナル状態ニ於ケル所有権ノ作用ト所有権ノ本体トヲ混同シタルモノ」とされる(同頁、岡松・前掲[注二二]一三四頁以下、中島・前掲[注二三]二七六頁・三〇二頁、川名・前掲[注二三]五六頁・五八頁)。これに対して、岩田・前掲[注二三]四二頁は、使用・収益・処分権を所有権の作用と見るか実体と見るかは言葉の議論であり、単なる見方の相違にすぎないとされるが、所有権とはどのような権利なのかを把握する上で、そのように割り切つてよいものか、疑問である。

(四四) 横田・前掲[注二三]新報三二巻一七頁以下、同・債権各論[清水書店・一九二一年]七二五頁以下。

(四五) 横田・前掲[注八]三八八頁。

(四六) 前掲[注二三]の梅・一九一頁、富井・一六〇頁、岡松・二二〇頁、松波ほか・六三八頁・六七七頁、中島・四四〇頁、横田・物權法三七八頁、岩田・七〇頁、石田(文)・物權法論四八六頁、末川・三〇九頁、林・一三三頁。

(四七) 因に、横田・前掲[注四四]債權各論七二四頁は、合有につき不可分共有説は「組合ヲ以テ一ノ法人ト為サルヘカサルニ依リ組合ノ性質ニ反スル」とされ、川名・前掲[注二三]一一四頁は、合有は特別の權利主体たる別人をつくることとしなければ、これを考えることは出来ないから、このような權利の共同は考えられないとされる。なお、ドイツにおいてもこのような問題が論じられたことにつき、拙著・前掲[注二二]二六六頁以下。

(四七a) レオンハートは、持分の処分制限を説く通説の合手理論は普通法の中で支配していたロマンステンの発想方法にすぎず、全く別の本質をもつドイツ法の制度に合わないとする (Leonhardt, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1920, S. 742). なお、物權的持分の自由な処分を認めるならば組合事業にどのような弊害が生じるかにつき Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 1972, S. 165ff.

(四八) 服部・前掲[注八]五七頁注(21)は共有者全員を一個の權利主体と解し、合手組合との関連性を認められる。Vgl. Buchda, a.a.O. [N. 8], S. 292 ff. (共有者全員が単一体として処分權の主体であり、そこに合手があり、また、その限りにおいて法人であるとする): Fabricius, a.a.O. [N. 8], S. 143 ff. (持分共同体においても構成員は結合して単一体をなし、權利主体となり、合手として部分的權利能力があるとする)。

(四九) 石田(文)・前掲[注二三]法協四九卷四号三一頁、同・前掲[注八]物權法論五二二頁、同・債權各論講義[弘文堂書房・一九四一年]一八五頁以下。なお、石田(文)博士の組合理論に対する疑問につき、拙著・前掲[注二二]三三頁。

(五〇) 林・前掲[注二三]一三三頁。

(五一) 法人と法主体との区別・連関性については、拙著・前掲[注二二]三七五頁以下。なお、組合は法人ではないが權利主体であるとする服部博士は「法人が自然人以外の一般原則的權利能力者を意味するのに対して、權利主体概念は個々の法規範、従つてその中に定められた個々の權利義務との関連に於て、その主体性が吟味され肯定されるものである」として(服部・前掲[注八]五二頁以下)、法人と權利主体を区別されるが、団体の内部構造の分析に欠け、両者の関連性に重点を置かないためか、私見とは異なつた考えに立たれる。

(五二) 前掲[注二三]の中島・四三七頁以下、三藩・一四三頁(なお、一二八頁は「各共有者カ各自同一ノ物ノ上ニ其權利ヲ行ヒ之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ルカ如キハ共有物ノ上ニ存スル一個ノ所有權其モノ直接ノ効力ニ外ナラサルモノニシテ之

ヲ見テ直チニ持分モ亦物權又ハ物權的ノモノナリト説明スルヲ得ス」とされる)、松岡・五九四頁・六〇二頁、横田・物權法三七七頁以下・三八四頁・三八九頁、石田(文)・物權法論四九四頁以下、同・大要一〇三頁以下、末川・三一頁以下、林・一三五頁以下、柚木・四七五頁以下、柚木・高木・五一七頁以下、新田・講義二二五八頁以下。

(五二) Vgl. Leonhardt, a.a.O. [N. 8], S. 414.

(五三) Ähnlich: Huber, a.a.O. [N. 7], Rz. 159 zu § 741 (S. 51).

(五四) 同旨、山中・前掲 [注八] 三五頁以下。なお、新田・前掲 [注六] 法研五九卷一二号一六四頁以下は、共有物に関する物權的請求權の行使は共有權自体の主張であり、共有權に基づく物權的請求權の行使であるから、本来は共有者全員一致して行うべきものである、とされる。Vgl. Leonhardt, a.a.O. [N. 8], S. 416. この見解からは、所有權に基づく第三者への請求權を各共有者が単独で行使することを認めるドイツ民法一〇一一条は特則であり、本条によって各共有者の法的地位は改善されることになる (Gursky, a.a.O. [N. 30], Rz. 1 zu § 1011 [S. 133]).

四 他方、所有權説の組合理論も分量説のそれと五十歩百歩ではあるが、共有に関しては、各共有者がそれぞれ所有權をもつとする構成は、各共有者がそれぞれ排他的支配意思をもち、排他的支配力をもつと説明しうる点で、分量説のような難点を免れることが出来る。また、所有權の現象形態である物の管理・使用・収益・処分權能に関しても、共有者間に相互制約がある点を単独所有權との差異とするわけであるから、この点の説明においても分量説に劣るとはいえないであろう。

とはいえ、所有權説がいうように、共有においては単独所有權とは異なり、管理・使用・収益・処分等の諸權能が他の共有者の持分權による制約を受けながらも、なおかつ共有持分權が物を全面的・排他的に支配しうる所有權であり、共有者全員が共同目的のために人的結合關係に立つことなく、各共有者が独自に排他的支配意思を有し、排他的支配力を認められているとするならば、同一物の上に複数の所有權は「いかにして」並立しうるのか、という疑問が生じる。つまり、所有權説は一物一權主義や物權の排他性に反しないのか、という疑問である。^(五五)

この疑問に対して、所有権説に立たれる山中博士は絶対無制限の所有権が複数、同一物の上に成立することはありえないが、相互に内容を制限し合い、その総和が一個の所有権の内容と等しくなるような関係において複数の所有権が成立することは、一物一権主義の原則と矛盾するものではない、とされる。^(五六)しかし、この反論も、分量説と同じ様に所有権の現象形態次元での発想に止まっており、持分が相互に制限し合つて、その総和が一個の所有権の内容と等しくなるというのは、単に結果を説明しているにすぎず、「どうして」そのような関係が成立しうるのかという肝心な点の説明にはなっていない。

むしろ、前記の疑問に答えるためには、一物一権主義の原則や物権の排他性は、同一物に対する複数の物権が優先劣後の関係を争う場合には、同等の物権が複数成立することは出来ないという当り前の結論を述べているにすぎず、同等の物権が同時に（優先劣後を競う関係においてではなく）複数成立することまでも排除する原則ではない、^(五七)ということをまず確認すべきである。

つまり、所有権の二重譲渡や二重抵当の場合のように、同一の目的物に対する所有権譲渡や抵当権設定の優先順位が争われる場合には、わが民法の下では對抗要件の具備によって順位を決定することになり（民一七七条）、AがBよりも先に對抗要件を具備すれば、原則としてAがBに優先することになる。その結果、Bは所有権を取得しえないか、後順位の抵当権しか取得しえないが、両者とも對抗要件を具備していない間は、いずれも優先力を主張しえない。したがって、二重譲渡の場合、所有権はA・Bいずれに帰属することになるのか、優先関係を争う両者の間では確定しえないが、優先関係を争う立場には立っていない第三者に対して妨害排除を求めるような場合には、両者いずれも所有権の譲受人として権利を行使することは出来る。^(五八)また、抵当権者が同一の債務者に対する他の債権者のために抵当権を放棄した場合に（民三七五条一項）、放棄者と受益者が同一順位の抵当権を平等に享受するの

これと同様、AとBとが合意の下に所有物を附合させたり、(民二四二条以下)、混和させた場合(民二四五条)、両者の間では合意に基づいて排他的支配意思を抑止し合う関係を形成している。つまり、AとBの間では相互に排他的支配意思を発現させて他を排除することはしないが、AかB以外の第三者に対しては排他的支配意思をもって同一の目的物を支配する関係に立つことは、何ら物権の排他性と矛盾することはないし、一物一権主義に反することでもない。また、共同事業関係がないAとBが無主の動産を同時に先占したり(民二二九条)、埋蔵物を同時に発見した場合は(民二四一条)、いずれの排他的支配意思が優先するのか決定することが出来ない。したがって、二個の排他的支配意思を承認した上で、両者の間では排他的支配意思の発現を相互に抑止し合って、二個の所有権が並立する関係を認めざるをえないが、この場合にもA・Bいずれも優先力を主張しえないからこそ、同一物の上に二個の所有権が成立することになるわけである。

このように、「一物一権主義の原則」は同一物に対する同等の物権が優先劣後関係を争う場合には、そのいずれか一個の権利しか優先力を認められないという、紛争解決の結果論的な原則であって、複数の当事者が優先関係を争わない場合や、争いえない場合には、この原則は働かない。それだからこそ、第四章で検討するように区分所有建物の敷地が借地である場合にも、複数の区分所有者が同一の土地の上に同じ内容の賃借権、ないし地上権を同時に、あるいは時期を異にして重疊的に設定する契約を地主と結んだり、不動産分譲業者から多重的に譲渡をしてもらうことが出来るわけである。^(五九) しかも、この原則は商品交換に関して形成された原則にすぎず、企業や団体の実体の一部である組織の一体としての営業財産(ないし事業財産)^(六〇) に関しては適用しえないものである。まして、物権の論理構造を説明するための前提となるような公理ではない。

注(五五) 末川・前掲 [注二二] 三〇八頁、服部・前掲 [注八] 五八頁注(21)。Vgl. Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR Bd. 136(1972), S. 202; Derselb., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Teil 1: Die Personengesellschaft,

(五六) 山中・前掲〔注八〕三二頁。同旨、末弘・前掲〔注二四〕四〇六頁以下。

(五七) それは、「一物」一物の法則」が市場における競争の結果を説明する「法則」にすぎず、競争の過程では一物につき複数の価額が成立することを排斥しえないのと同じである。

(五八) 所有権の二重譲渡に関して多様な見解が発表されているにも拘らず、従来の学説は物権変動の意思主義や物権の排他性、一物一権主義を前提にして、二重譲渡がなぜ可能なのか（AはBに所有権を譲渡したのに、なぜCにも譲渡しうるのか）という議論を行い、二重譲渡はどのようにして争われるのか（BとCのいずれが先にAから譲り受けたかを、どのようにして立証するのか）を想定せず、民法一七六条と一七七条の適用場面の違いを区別しないために、この単純な問題を複雑にしてしまい、それを解決する手がかりを見失って、ますます混乱を深めていること、そしてこの混乱から脱却するには法定証拠説に立ち帰るしかないであろうというにつき、拙稿・前掲〔注二一〕佐賀二三巻一号・二号・三号参照。

(五八a) 全く面識のないAとBとが猟銃を発射させたところ同じ鳥に同時に弾が当り、いずれが致命的であったのか証明しえない場合、AとBとの無主物先占が成立するが、この場合と、焼鳥屋を共同経営しているAとBとが材料を仕入れるために猟をして、鳥を獲る場合を比較すれば、共有と合手組合有（合有）の違いは明らかになるであろう。

(五九) 因に、東京地判・昭和五〇年一月二四日・下民集二六巻一〇四合併号一〇三頁は、同一人が所有する隣接した二筆の土地を別人に譲渡する際に境界線上のブロック塀を二重に譲渡した事件につき、この塀を共有としている。

(六〇) 拙稿「法律学から見た『企業』の内部構造」佐賀一二巻三号（一九八〇年）三二頁以下、拙著・前掲〔注二〕二五頁・一七〇頁。

(六一) 新田 敏「区分所有権における客体の独立性」法研四六巻七号（一九七三年）二七頁注（3）は、従来の学説は「一物一権主義」というドグマを、あたかも超成文法的效果を有するものの如く位置づけ、その実質的根拠の探求を疎かにして、この原則の現実の妥当領域を確定する努力を怠たり、その結果、二重譲渡論を不毛にし、民法二四二条の解釈を混乱に陥れたとされる。

五 本章第一節で紹介したように、所有権説は「持分の弾力性」を説明しうる点において、分量説よりも優れていると自賛している。しかし、このような主張に対して、分量説の側から次のような反論が加えられている。即ち、

他の共有者が持分を放棄したり、相続人なしに死亡した場合、動産については無主物として先占の対象となり、不動産は国庫に帰属するはずであるが（民二三九条二項、^{（六二）}なお、九五九条）、民法二五五条はこの原則を修正して、他の共有者に帰属させることにした政策的な規定である。しかも、「持分の弾力性」などというのは「所有権の弾力性」に類比した、単なる比喩にすぎず、そもそも「所有権の弾力性」という説明自体が、ある条文の制度・目的・根拠・合理性・体系的関連性等を明らかにする法理論とは全く無縁のものであり、したがって「持分の弾力性」というのも法理論とは全く無縁のものである、という手厳しい批判が加えられている。^{（六三）}

なるほど、分量説からは共有者の一部が持分権を放棄したり、相続人なしに死亡した場合、その共有者に割り当てられるべき部分については、他の共有者の持分権が自動的に拡張すると解すべき根拠がなく、したがって、この部分については無主の状態が生じ先占の対象になると解するのが論理的であろう。とりわけ、AとBとが無主の動産を同時に先占して共有関係に立っている場合には、いずれか一方の持分権の放棄、ないし相続人なき死亡により、その共有者に割り当てられるべき部分は、もとの無主の状態に戻ると解しても不合理ではないようにも見える。また、A・Bの合意の下に所有物を附合、ないし混和させて共有している場合に、一方の持分権放棄ないし相続人なき死亡によって、他方の持分権が自動的に拡張すると解することは、当事者の当初の意思に合わず、他方の共有者を不当に利得させる感じがしなくてもない。まして、無主の不動産は国庫に帰属させるという制度の下では、放棄された、あるいは相続人なき死亡者の不動産共有持分は国庫に帰属するのが原則であると解するのが、素直な構成のように見える。

しかし、無主の不動産を国庫に帰属させるという制度自体は、その不動産の帰属めぐる紛争を回避せんとする一つの政策判断の結果にすぎず、不動産という財産の性質上、当然に国庫に帰属するというわけではない。^{（六四）}あるいは、不動産が国家の領土と密接に関連しているが故に、無主の不動産は国庫に帰属させるという理由づけをするのであ

れば、不動産という財産の性質上、国庫に帰属するといえなくもないが、それは建物を土地の構成部分と解する場合にいえることであつて、我が国のように土地と建物を別個の不動産として取扱うところでは、説得的な理由づけとはなりえない。

また、AとBとの共有において、BはAの排他的支配意思を否認することはできないが、A以外の第三者の支配は認めないという意思は有している。つまり、Bの排他的支配意思は共有物全体に及んでおり、Aの持分権放棄ないし相続人なき死亡前の段階においては、Bの権利はAの権利によつて制約されている。とはいへ、それは分量説がいうように一個の所有権が量的に分割されて何分の一の所有権という形で制約されているわけではなく、Aの排他的支配意思を尊重しなければならない結果として受ける制約であり、A以外の第三者に対する関係においてまでBの持分権が制約を受けているわけではない。それだからこそ、次章で述べるように、共有者は自己の持分権に基づいて単独で物権の請求権を行使しうるのである。とすれば、Aの持分権放棄ないし相続人なき死亡によつてAの排他的支配意思は絶対的に消滅し、Bの持分権は右に述べたような内在的制約から解放されて、共有物に対するBの排他的支配意思のみが存続することになり、Bが単独で所有者になると解するのが論理的である。

つまり、単なる共有においては、合手組合の場合とは異なり、BはAと共同して（共同事業のための結合関係に立つて）、物を排他的に支配する意思を形成しているのではなく（AとBとで一個の排他的支配意思を形成しているのではなく）、AもBもそれぞれ独自の排他的支配意思を有している。にも拘らず、共通の対象に対して複数の排他的支配意思が並存しているために、内部的に制約し合う関係が成立していたにすぎない。したがつて、Aの持分権放棄ないし相続人なき死亡により、Bの排他的支配意思のみが存続することになる。その結果、これまではAの支配とBの支配との共通の対象であつた物（Aの排他的支配意思とBの排他的支配意思に服していた物）は、Bのみによつて排他的に支配されることになるのであつて、分量説がいうようにAの持分として割り当てられるべきであ

った部分について、無主の状態が生じることはない。

尤も、死亡した共有者に相続人なきことが確定すれば、他の共有者の「拡張」した持分権が直ちに効果を發揮しうるわけではなく、それは相続債権者や受遺者との関係で清算が終了した後のことである。したがって、手続的には九五九条により国庫に帰属すべき時期と同一になるが、論理的には生存している共有者の排他的支配意思が自動的に「拡張」しており、相続人なき共有者の死亡と同時に他の共有者の支配に服することになるが、相続債務に対する責任財産としての性格を失うわけではない。

なお、右の問題は、AとBとの共有物につき、第三者CがAとBから持分権を譲り受けた場合に、Cはどうして一個の所有権を取得することになるのかという問題と、原理的には同質の問題である。というのは、持分権が一個の所有権であるならば、AとBから持分権を譲り受けたCは二個の所有権を取得することになるはずである。にも拘らず、Cはどうして一個の所有権を有することになるのであろうか。それは、譲受人Cは単一の排他的支配意思しか有していないからである。これを逆から見れば、持分権の譲渡によってAやBの排他的支配意思が消滅し、Cの排他的支配意思のみが存在するが故に、Cが単独所有権を取得するわけである。

勿論、この持分権譲渡の問題は持分権の「拡張」とか「添増」の問題とは事例を異にしているが、一方の排他的支配意思が消滅することによって、他方の排他的支配意思のみが存続することになり、単独所有権を取得するという点では、原理的に同一である。尤も、AとBが同時にCに持分権を譲渡する場合には、原理的同一性は明確には表れない。しかし、まずAがCに持分権を譲渡してBとCの共有となった後に、BがCに持分権を譲渡する場合を考えれば、十分に明確になるであろう。ただし、Bの持分権譲渡＝排他的支配意思の消滅によって、Cのみの排他的支配意思が客体に及ぶことになるからである。

注(六二) 前掲「注三」の梅・二〇二頁以下、松波ほか・六六五頁以下、林・一三四頁、新田・講義2二五三頁以下・二六四頁、

同・法研四七卷一二号五一頁注(37)、同・法研五九卷一二号一五七頁、同・一二五年一四九頁。広中・前掲[注六]四二三頁以下、星野・前掲[注六]概論II一三三頁、川井・前掲[注三三]三三〇頁・三三二頁。なお、相続人なき共有者の死亡につき、中島・前掲[注二三]四五二頁、最判・平成元年一月二四日・民集四三卷二〇号一二二〇頁。

因に、ドイツ民法には、わが民法二五五条のような規定はない。しかし、無主の不動産の国庫への帰属や、無主の動産に対する先占を規定したド民九二八条や九五八条・九五九条は持分の放棄には適用されず、他の共有者への持分譲渡という構成が問題にされてくる(Huber, a.a.O. [N. 17], Rz. 14 f. zu § 747 [S. 116 f.] ; Schmidt, a.a.O. [N. 17], Rz. 35 zu § 741 [S. 833] u. Rz. 15 zu § 747 [S. 887 f.])。

(六三) 前掲[注六二]の新田・講義2二一三頁・二五三頁・二六四頁、同・法研四七卷一二号五一頁注(37)、同・一二五年一四九頁。

(六四) 民法二二九条二項・九五九条の沿革・立法趣旨、および外国の法的構成との比較につき、前掲[注二三]の梅・一六三頁以下・二〇三頁、富井・一二五頁、岡松・一九六頁以下、松波ほか・五九五頁以下、川名・一一七頁以下、三瀧・九一頁、四宮和夫「相続人の不存在」中川善之助先生還暦記念・家族法大系VII「有斐閣・一九六〇年」一五一頁以下・一五八頁以下、谷口知平編・注釈民法(5)「有斐閣・一九七〇年」五七八頁以下「久貴忠彦」、谷口知平『久貴忠彦編・新版注釈民法(7)「有斐閣・一九八九年」七三三頁以下「久貴」、原田慶吉・日本民法典の史的素描「創文社・一九八一年」二五三頁以下。

(六五) 民法二五五条・九五九条の財産の帰属時期に関する諸見解については、川井・前掲[注三三]三三二頁、久貴・前掲[注六四]注民(5)五八〇頁以下、久貴・前掲[注六四]新注民(7)七三六頁以下。なお、前掲[注六二]の最判、および後掲[注八五]の評釈参照。

(六六) 所有権の譲渡には所有権の放棄という要素を含んでおり、いずれの場合にも排他的支配意思の放棄を要する。しかし、後者にあつては無条件に排他的支配意思を放棄するが、前者にあつては承継取得者のために放棄する点を異にしている(この点については、拙稿・前掲[注二二]佐賀二二卷四号一四六頁・一四八頁以下・一五三頁以下、佐賀二二卷五号一八〇頁)。

六 要するに、共有持分権の放棄ないし相続人なき共有者の死亡によつて、その共有者に帰属すべき部分については無主の状態が生じるとする考えは、分量説にはなじみ得ても、^(六七)所有権説とは無縁の見解であり、民法二五五条は

所有権説からすれば当然の規定ということになる。^{（六八）}

しかし、分量説に立ちながら、共有持分権の放棄ないし相続人なき共有者の死亡の場合に、無主物が生じるのではなく、「持分権の弾力性」によって他の共有者の持分権が拡張すると解する説もある。民法起草者の一人として共有規定を担当され、また分量説の代表者の一人でもある富井博士は、共有は所有権の分量についての制限にすぎないから、前記の場合に他の共有者の持分は当然に増加するが、民法二五五条の規定がないと、無主物先占ないし相続人の贖欠に関する規定が適用されるという誤った解釈が生じるおそれがあるから、この規定を置いたのだと説明されている。^{（六九）}しかし、共有者の間には共同目的のための人的結合関係はなく、しかも各共有者は量的に分割された何分の一の所有権を有するにすぎないのであれば、一部の共有者の持分権放棄や相続人なき死亡によって、他の共有者の持分権が自動的に拡張すると解するのは無理であろう。^{（七〇）}

とはいえ、分量説に立ちながら持分の添増を認める見解の中には、共有者の内部関係は組合関係に類似しているとする見解もある。^{（七一）}したがって、この立場からすれば、共有持分の添増は組合員の脱退に伴う残存組合員の持分の添増に類比して構成することができるようにも見える。しかし、横田博士は共有と組合の合有を全く異質の共同所有形態とされるのであるから、^{（七二）}組合員の持分添増を引き合いに出して共有持分の添増を基礎づけることは出来ないし、博士がいわれるように共有者間に一種の組合関係が成立するのであれば、共有と合有の区別が不明確になるのではないかという疑念が生じることは既に述べたとおりである。

他方、石田（文）博士は共有と合有を「自由共有権」と「結合共有権」として区別し、両者の持分を「自由な持分」と「拘束された持分」として区別しながらも、この二つの持分は同質のものとして関連づけられているから、^{（七三）}横田説のような難点は免れうるようにも見える。しかし、人的結合関係がないはずの共有者間に、どうして人的結合関係のある組合に類似した関係があるといえるのか、また共有者間に組合類似の関係があるとすれば、それは「自

由な持分」にどのような影響を与えるのかという疑問を生むことになり、結局は横田説と同じような問題を含んでいることになる。

その点、民法二五五条を持分が一個の所有権であることから根拠づけるのは筋が通っている。^(七四)とはいえ、「所有権の弾力性」に類比して「持分の弾力性」を認め、これによって本条を説明したところで、^(七五)それだけでは持分が一個の所有権であることを論証した^(六七)ことにはならない。まして、舟橋博士のように二五五条をうまく説明しうることを所有権説支持の根拠の一つにされる^(七七)のでは、本末顛倒しているといわざるをえない。ただし、共有の論理構造を分析して、共有持分が一個の所有権であることをまず確認した上で、それから持分の添増を根拠づけるのが本筋である。にも拘わらず、この論証の手続きを抜きにして、そこに生じた理論的空白を「持分の弾力性」によって埋めているにすぎない。

また、山中博士のように持分相互の制約関係を制限物権による所有権の外在的制約関係をもって説明しても、^(七八)共有持分が一個の所有権であり、したがって単独所有権と同じように「弾力性」を有しており、持分の添増が当然に生じることを論証したことはない。というのは、制限物権によって制約される所有権はもともと（制限物権設定前は）目的物を全面的に支配しうる権利であるが故に、これを制約している制限物権が消滅すれば、もとの完全な姿をとり戻すにすぎない。とすれば、この事態を「所有権の弾力性」などと大袈裟にいうまでもないことであり、「所有権の弾力性」という説明は単なる比喩にすぎず、法理論とは全く無縁のものと非難されるのも理由のないことではない。

単独所有権にあつても内在的制約があるとはいえ、その制約の範囲内では目的物を完全に排他的に支配しうる。これに対して、共有持分にあつては共有者相互間において、もともと目的物を完全に排他的に支配しうる権利ではなく、他の共有者の持分によって内在的に制約されながら目的物を支配しうる権利にすぎない。したがって、一部

の共有者の持分が消滅して他の共有者の持分が拡張することは、制限物権が消滅して所有権が完全な支配権としてのもとの姿をとり戻すことと表面的な共通性をもつにしても、そこで消滅した制約が内在的か外在的かという違いをもっており、後者の「所有権の弾力性」に類比して前者を「持分の弾力性」と呼んでみても、単に持分が拡張することを結果論的に説明しているにすぎず、持分が拡張する所以を論証したことになる^(八〇)。

なお、共有者の一人が共有不動産を単独名義で登記して、これを第三者に譲渡し移転登記を経由した場合に、持分の登記をしていない他の共有者は右譲受人に対抗しえないとする見解がある。この説は、その理由づけとして「持分の弾力性」を援用し、不動産譲受人との関係では登記名義人の共有持分が拡張して、他の共有者の持分権は右譲受人との関係では存在しないことになるからだとしている^(八一)。

しかし、不動産登記に公信力を認めていないわが民法の下では、共有者の一人が単独名義で登記をしても、善意の第三者との関係においては、彼が単独所有者として取扱われ、他の共有者は共有持分を有しないものとされるわけではないから、他の共有者は持分の登記なしに第三者に対して共有持分を主張しうるはずである^(八三)。したがって、この場合に「持分の弾力性」を援用してみても、他の共有者が持分を主張しえなくなる根拠とはなりえず、民法二五五条の場合とは事態を全く異にする場面にまで「持分の弾力性」を援用することは、その悪用というほかはない。けだし、民法二五五条を「持分の弾力性」によって説明する場合、それは一部の共有者の持分消滅の結果、他の共有者の持分が拡張する事態を指していたはずである。にも拘らず、共有不動産の単独登記の事例では、登記名義人たる共有者の持分が拡張される結果、他の共有者の持分は消滅したものととして取扱われ、因果関係が逆転されているからである。しかし、このような悪用が生じるのは、もとはといえば、持分の拡張が生じる所以を明確にすることなく、ただその結果のみを「持分の弾力性」によって説明して来たからではないかと思われる。

因に、相続人なき共有者の死亡に関して、民法二五五条と九五八条の三のいずれが優先的に適用されるのかとい

う問題がある。^(八三)法定相続人には該当しないが、被相続人との間に特別の縁故があつた者を相続人、ないし受遺者に準じて遺産を分与せんとする九五八条の三の立法趣旨^(八四)からすれば、本条優先適用説の方が妥当である。なお、最近、最高裁もこの立場を採ることを明らかにしたが、^(八五)本判決の多数意見が民法二五五条を九五九条一項の特別規定・例外規定と解する点は、共有に関して分量説の尾をひいており、理論構成上、問題のあるところである。また、香川判事の反対意見は、二五五条を九五九条の特別規定・例外規定と解しながら、他方では二五五条を「持分の弾力性」によつて説明するという混乱が見られ、多数意見よりも問題の多い構成になっている。

注六七) 同旨、山中・前掲「注八」四〇頁。

(六八) 末弘・前掲「注二四」四一九頁、山中・前掲「注八」四〇頁。

因に、区分所有法二四条は、区分所有建物の専有部分と敷地との一体的処理を維持するために、敷地利用権には民法二五五条を適用しないことにしている。この点については、濱崎恭生「建物の区分所有等に関する法律及び不動産登記法の一部を改正する法律の概要」法務省民事局参事官室編・改正区分所有法の概要「商事法務研究会・一九八三年」二二頁以下、同「建物の区分所有に関する法律の改正について四」法曹時報三七巻五号(一九八五年)一一五頁以下。

(六九) 富井・前掲「注二三」一六四頁(但し、法典調査会では、不動産について国が共有者になると、始終煩わしい関係を生じて甚だ困るし、法律の規定によつて直ちに共有者に移つた方が簡便だから、本条を規定した起草趣旨の説明をされている。この点については、李 毅多「坂上文美『史料』共有法(三)民商一〇五巻五号(一九九一年)一二〇頁(李)」。なお、分量説の中でも「持分の弾力性」によつて二五五条を説明するものとして、前掲「注二三」の岡松・二一九頁・二二八頁以下、中島・四三七頁・四五二頁以下(但し、持分の放棄に限り、相続人なき死亡については政策説をとられる)、横田・物権法三九〇頁、同・新報三二巻一六頁、松岡・五九二頁、石田(文)・物権法論四九〇頁以下、柚木・四七七頁以下。「持分の弾力性」と並んで政策的理由もあげる説として、前掲「注二三」の三瀬・一三三頁、末川・三一頁、柚木・高木・五二二頁、稲本・前掲「注六」三〇五頁。

(七〇) 同旨、服部・前掲「注八」五八頁注(21)。

(七一) 横田・前掲「注八」三八八頁、石田(文)・前掲「注八」物権法論四八九頁。

(七二) 横田・前掲「注二三」新報三二巻一七七頁以下。なお、横田・前掲「注四四」債権各論七二五頁。

(七三) 石田(文)・前掲〔注二三〕法協四九卷四号二八頁以下・三三頁・三五頁以下・四七頁以下、同・前掲〔注八〕物權法論五一四頁・五一八頁、同・前掲〔注八〕大要一一〇頁。

(七四) 同旨、服部・前掲〔注八〕五八頁注(21)。但し、服部博士は所有權説は物權の排他性と矛盾するとされる。

(七五) 「持分の弾力性」によって共有持分の添増を説明する見解として、前掲〔注六九〕にあげた説のほかに、前掲〔注二四〕の田島・一八一頁、近藤・物權法論七九頁、同・要義八三七頁、我妻・二一四頁、我妻Ⅱ有泉・三二二頁、山中・四〇頁、舟橋・三八二頁、高島・前掲〔注六〕物權法制二一七頁、水辺・前掲〔注八〕二三三頁。

(七六) 山中・前掲〔注八〕三九頁以下(山中博士は、持分の添増は持分が所有權であることの一例証とされる)。結果同旨、玉田・前掲〔注七〕法論三〇卷四号一四頁。

(七七) 舟橋・前掲〔注七〕三七五頁。

(七八) 山中・前掲〔注八〕三二頁。なお、石田(文)・前掲〔注八〕物權法論四九〇頁。

(七九) 新田・前掲〔注六〕法研五九卷一二号一四九頁は、単独所有者の契約による拘束と共有物について共有者が受ける拘束の間には、質的差異があるように思われるとされる。

(八〇) 因に、ドイツでは組合員の脱退により残存組合員の持分が拡張する事態を説明する際に、「組合の同一性」の結果であるとか、合手原理の当然の帰結であると説く見解がある(この点については、拙著・前掲〔注二二〕一〇七頁)。しかし、残存組合員の持分添増は、組合員の交替による組合の解散を回避するために、脱退を制度化して、組合の財産関係の同一性を認めた結果にすぎない。とすれば、右の見解は、この結果の側から持分添増を説明する点において、「持分の弾力性」によって共有持分の拡張を説く見解と同質の発想をしているといえよう。

(八一) 我妻・前掲〔注七〕物權法七五頁、舟橋・前掲〔注七〕一六八頁。なお、我妻Ⅱ有泉・前掲〔注六〕一一三頁は、第三者の善意を条件として、旧版の結論を維持したいとされる。この結論は、民法九四条二項類推説ないし準用説によって根拠づけるほかはないのではあるまいか。

(八二) 同旨、前掲〔注二三〕の石田(文)・物權法論一五六頁、末川・一二六頁以下、林・八五頁、柚木・一二四頁。山中・前掲〔注八〕四〇頁以下、塩崎・前掲〔注三二〕四二頁、福地俊雄「共同相続と単独登記」岡山大法経学会雑誌四号(一九五三年)三六頁以下、田中整爾「相続と登記」家族法大系VI「有妻閣・一九六〇年」二四九頁、榎 梯次「共同相続と登記」現代家族法大系5「有妻閣・一九七九年」八六頁。大判・大正八年一月三日・民録二五輯一九四四頁、最判・昭和三十八年二月二二日・民集一七卷一号二三五頁。なお、この問題に関する判例・学説を概観・整理したものとして、舟橋諄一編・注

釈民法(6)「有斐閣・一九六七年」三〇三頁以下「原島重義」、石田喜久夫・前掲「注六四」注民(5)五九〇頁以下、同・前掲「注六四」新注民(7)七四八頁以下、小野幸二「共同相続と登記」家族法判例百選(第四版)「有斐閣・一九八八年」一九二頁以下、甲斐道太郎「共同相続と登記」民法判例百選Ⅰ(第三版)「有斐閣・一九八九年」一一八頁以下。

(八三) この問題に関する従来の判例・学説を概観・整理したものと、川井・前掲「注三三」三三三頁以下、久貴・前掲「注六四」注民(5)五七二頁以下、同・前掲「注六四」新注民(7)七三四頁以下、沼辺愛一・大津千明「共有持分権と特別縁故者への分与」ジュリ五〇一号(一九七二年)一三四頁以下、遠藤厚之助「特別縁故者への財産分与と民法二五五条との関係」川井・健編・民法Ⅲ・判例と学説4「日本評論社・一九七六年」三二四頁以下、前田達明「相続人不存在の共有持分について」判タ五四六号(一九八五年)一八頁以下。

(八四) 民法九五八条の三の沿革・立法趣旨については、久貴・前掲「注六四」注民(5)五五〇頁以下、同・前掲「注六四」新注民(7)六九三頁以下、加藤一郎「民法の一部改正の解説(三・完)」ジュリ二五一号(一九六二年)五二頁以下、阿川清道「民法の一部を改正する法律について」法曹時報一四卷四号(一九六二年)六一頁以下、山主政幸「民法改正資料」日本法学二八卷五号(一九六三年)一四頁。

(八五) 前掲「注六二」の最高裁判決。本件の評釈として、上田豊三「共有者の一人が相続人なくして死亡したときとその持分の帰すう」法曹時報四二卷一号(一九九〇年)二四七頁以下、牧上市治「共有者の一人が相続人なくして死亡した場合とその持分の帰趨」金融法務事情一二五一号(一九九〇年)一七頁以下、西尾信一「共有者の一人が相続人なくして死亡した場合とその持分の帰属」手形研究四三五号(一九九〇年)五四頁以下、前田達明「共有者の一人が相続人なくして死亡したときとその持分の帰すう」民商一〇二卷五号(一九九〇年)六二頁以下、佐藤義彦「共有者の一人の死亡と特別縁故者の分与請求」ジュリスト九五七号・平成元年度重要判例解説(一九九〇年)八七頁以下、内田勝一「土地共有者の一人が相続人なくして死亡したときの共有持分」判タ七二七号(一九九〇年)三三頁以下、辻 正美「相続人なくして死亡した共有者の持分と特別縁故者に対する財産分与の可否」法律時報別冊・私法判例リマックス二号(一九九一年)六頁以下。

〔未完〕